✠

HANSE OFRECIDO, EN LA particion, y diuision de los bienes que fincaron, por la fin, y muerte del señor Capitan Pedro de las Muñecas, Cauallero de el Orden de Santiago, y la Capilla de la Nacion Vascongada su Heredera, de la vna parte: Y mi señora Doña Madalena Hurtado de Mendoça, viuda del susodicho, de la otra, algunos dubios, y pretensiones de cada vna de las partes, en que de su derecho, y defensa de el, dizen, y alegan lo que a cada vna parece que le conuiene, y en respuesta de lo que mi señora Doña Madalena pretende, y es en la manera siguiente.

Primera Pretension contra el Inuentario.

N.1. EN La qual en el Hecho se supone lo primero, que el Capitan Pedro de las Muñecas, natural de la Villa de Castro de Vrdiales, y vezino, y estante en esta Ciudad de Seuilla, por poderes se desposò con dicha señora D. Madalena, en dicha villa a veinte y siete de Abril del año passado de seiscientos y catorze, y durò este matrimonio hasta Agosto de quarenta y quatro, que por muerte de dicho Capitan fue dissuelto, y al tiempo de el, le mandò en arras dos mil ducados.

Lo segundo se presupone, que por el testamẽto, y codicilo, debaxo de cuya disposicion murio, y por clausula particular, mandò a la dicha su muger, mil ducados de renta en cada vn año, por los dias de su vida, y dos mil para despues de su muerte, pagados en quatro años; conque la susodicha primero, y ante todas cosas se obligasse, a passar, y tener por bien, todo lo dispuesto en su testamento: y asimesmo, por todas las mãdas graciosas, ò forzosas, que en qualquiera manera el dicho Capitan huuiesse fecho, asi a parientes suyos, como a otras qualesquiera personas; Y que no lo queriendo hazer asi, ni aceptar esto, se le pagassen sus arras, y mitad de multiplicado, y se sacasse por capital lo que el truxo al matrimonio, remitiendo

 se

ſe a ſus libros, y diſponiendo ſe eſtuuieſſe a ellos, y ſe les dieſſe todo credito, y ajuſtaſſe la quenta con todo cuydado.

3 Lo tercero ſe preſupone, que mi ſeñora D. Madalena, no ſolamente no acepta; antes expreſſamente repudia eſte legado, y elige querer lo que le toca por Derecho, y Leyes deſtos Reynos, y ſegun ellas, la primera pretenſion es la que ſe ſigue en razon de el inuentario hecho por el Capitan, y ſi ſe ha, v debe, eſtar por el, para efecto de ſacarle por capital, traido a eſte matrimonio, que es de cantidad de.23.qs.772U050. marauediſes, como ſe contiene en el memorial de partidas del dicho inuentario, otorgado por eſcriptura publica, por los dichos Capitã Pedro de las Muñecas, y mi ſeñora Doña Madalena ſu muger, en Seuilla en.14 de Iunio de.1614. años, ante Franciſco Hurtado Eſcriuano publico de Seuilla, y juramentado por entrãbos.

4 His ſuppoſitis, pretende mi ſeñora D. Madalena, que eſte inuentario no ſupone, ni ſe ha, ni debe hazer mas caſo de el, que ſi no ſe huuiera otorgado; antes por el cõtrario, reputados por gananciales de eſte matrimonio todos los bienes, conforme a la diſpoſicion de la ley.1.tit.9.lib.5.recopil. Y parece prueba bien eſte intento con los fundamentos, y razones ſiguientes.

Primum Fundamentum, ſiue prima dubitandi Ratio.

5 DIze que aunque ſea aſsi que eſtos inuentarios, regularmente ſe pueden, y deben hazer, por los contrayentes, ante Eſcriuano publico, y teſtigos; todavia eſta regla tiene dos falencias, o limitaciones, que entrambas ſe aplican, y ſon baſtantes a inualidar la fe, y efecto que la Capilla pretende dar a eſte inuentario: Prior limitatio illa eſt, que eſte inuentario aya de ſer hecho antes de contraido eſte matrimonio, no aſsi deſpues de ya contraido: Sed ſic eſt que el inuentario de que ſe trata, parece auer ſido hecho, y aprobado por mi ſeñora D. Madalena en Seuilla, cinquenta dias deſpues de eſtar caſados en la villa de Caſtro de Vrdiales; y en eſte caſo no vale, ni tiene ſubſiſtencia el inuentario hecho ſin autoridad de juſticia, y aſsi parece que lo afirma, Zauallos practic. quæſtionum lib.2.q.589. quem rectè docuiſſe teſtatur el ſeñor Don Ioſeph Vela, diſſertatione.8. num.54.

6 Y eſto ſe corrobora con la razon de eſta primera limitaciõ; la

la qual es,porque constante el matrimonio,este inuentario,ē interuencion de la muger en el,y en fauor de su marido,viene a contener donacion en fauor de el mesmo,y como tal,sujeciō al titulo de donationibus inter virum, & vxorem,y materia prohibida,y enla qual nò vale,ni supone la confessiòn,ò declaracion,del vno de los conjuges en fauor del otro,l.qui testamē tum.ff.de probationibus,l.cum quis decedens.§.Titia,ff.de legatis.3.vbi Bartolus. Item,tiene assimesmo sujecion al miedo reuerencial,debido al donatario,y a la materia de la.l.2.§. quæ onerandę.ff.quarum rerum actio cum vulgatis; Y assi nil mirum,que no valga ex prædictis defectibus,& iuridicis interdictionibus.

7 Posterior limitatio illa est,quādo la muger en cuyo perjuyzio se pretende hazer este inuentario,es menor, porq̄ entonces mucho mas necessita de la autoridad de la justicia, è interuencion de Curador,por lo vulgar de la ley Clarum. C.de authoritate Tutorum,& in terminis indiuidualibus docuit Hermosilla in.l.55.tit.5.partit.5.glos.2.nu.28.ibi: *Hæc præsumptiò cessat,& probatio,quæ difficilis est,& excusatur maritus,si tempore quo cō trahit matrimonium,præsente vxore,si est maior viginti quinque annorum; vel eius procuratore,aut curatore ad litem,aut patre faciat inuentarium bonorum,quæ eo tempore habet;& ipsa ad calcem ipsius inuentarij confiteatur, coram testibus,ea præsente factum fuisse,& verum esse;& Tabelio præstet fidem:* Sed sic est,que en aquella ocasion mi señora D.Madalena,era menor de veinte y cinco años,y por el mesmo caso por solamente este defecto,no le puede, ni debe causar perjuyzio alguno el dicho inuentario, como informe sin la solemnidad de el Derecho,y de los contratos de los menores.

8 Y porque finalmente esto parece que se confirma con què por los mesmos libros del dicho Capitan (a que èl manda por su testamento,que se estè,y passe) consta, y parece, que de las ditas,y creditos puestos,y comprehendidos en el dicho inuentario,fueron totalmente vanos,è incobrables, 2.qs.988U560. marauedises,que en todo acontecimiento, y sin ninguna controuersia,se deben baxar,y no hazerse buenos en la pretension del dicho capital,al heredero del dicho Capitan.

9 Pero his nihil refragrantibus,la pretension de el heredero es justa,y a Derecho conforme, y se le debe sacar, y adjudicar el capital por el dicho inuentario,enla forma,y como aqui serà contenido ex seqq.

Lo

10 Lo primero, porq̃ es caso llano, y remedio ordinario (como lo cõfiessa bien Hermosilla proximè loco citato) q̃ es vnico antidoto para la ley del Reyno, el hazer el marido este inuentario, y que con solo el, basta para auer de sacar por capital la cantidad assi puesta, ê inuentariada, que fue original de Palacios Rubios; Rodrigo Suarez; Antonio Gomez, y los demas de el Reyno, sin auer en ellos contradicion alguna, ni que ninguno hiziesse el reparo que Zauallos, porque antes el mesmo en algo se contradize, & citato loco. n. 7. insinua, que para este inuẽtario no se necessita de solemnidad alguna, ni de citacion de la muger, y que con solamente que le haga el marido, se le ha de sacar su capital, ibi: *Quæ quidem videntur cessare in tam breui temporis spatio: Et sic si inuentarium sine citatione partis factum reputatur iuridicũ, vt per Palacios, Suarez, Gomez, Matienzo, Azebedo, Mascardum; quanto magis debet reputari, quando fit in præsentia iudicis, & cum partis citatione? &c.*

11 Y demas de el texto de el Derecho comun, in. l. si ego. §. dotis. ff. de iure dotium, est maximè notanda la. l. 1. tit. 9. partit. 5. ibi: *Otrosi dezimos que deben leuar consigo vn Escriuano que sepa bien escreuir, y leer, è este a tal, debe escreuir en vn quaderno todas las cosas que cada vno tuuiere, è metiere en los Nauios, quantas son, y de que natura; è este quaderno a tal, â, tan grande fuerza sobre todas las cosas que son escritas en el, que debe ser creido tambien, como carta que fuesse fecha di mano de Escriuano publico.*

12 Demas de lo qual no ay texto, ni derecho que pruebe, o requiera, para este inuentario, autoridad judicial, ni Zauallos (q̃ fue el primero que lo sacô a luz) le alega; antes se cõtradize, en el mesmo intento de la question que disputa; porque si el titulo de ella, es, *quod omissio leuis solemnitatis non vitiat inuentarium*; y la question que trata, es, *de ser antes, o despues del matrimonio*; y que como el tiempo sea breue, non debeat vitiare, si fuera necessario autoridad de justicia, ya el caso no era de la materia de la question, ni *de modicæ solemnitatis omissione*, sino *de magnæ solemnitatis omissione, & vtrùm illa iudicis authoritate suppleri deberet?* que es intento contrario de la mesma question, que este author disputa; Y assi en esto euidentemente loquitur sine lege, & sine ratione.

13 Quoad prius, por lo que se acaba de dezir, no se alega ley, q̃ tal cosa disponga, ni requiera: Quoad posterius, porque a las razones que por la de dudar se han propuesto: antes, de su respuesta constara mas bien la verdad de la pretension de la Capilla;

y el

y el justo efecto que de este inuentario pretende conseguir: Para lo qual, y antes de passar a la respuesta, es tambien mucho de considerar, q̃ la doctrina q̃ dize *quod tempore quo matrimonium cõtrahitur, fiat inuentariũ*: non est ita amarê intelligenda, vt inuentarium fieri debeat in eodem instante, quo matrimonium cõtrahitur, sino que basta que en el tiempo proximo a las bodas, se haga el inuentario; y esta es, y debe ser, la verdadera question de Zauallos, *quod transcursus modici temporis non vitiat inuentarium*: Y si en algun caso esto eminentemente debio tener lugar, es en el presente, adonde este matrimonio fue contraido inter absentes, y en virtud de poder, y estando el Capitan en Seuilla, y mi señora Doña Madalena en Castro de Vrdiales; Y asi luego q̃ se acabô la ausencia, y vino a Seuilla, se hizo el inuentario, en que interuino, y lo confessò, y otorgò, y juramentò; Conque de todo rigor se cumplio con la forma, y tenor de estas doctrinas, & moraliter loquendo verum est dicere, *quod tempore quo matrimonium fuit contractum*, (hoc est quo coniuges potuerunt conuenire ad inuentarium faciendum) *illud fecerunt*, porque antes, estãdo el vno en Seuilla, y el otro en Castro de Vrdiales, no se dauan terminos habiles para otorgar el dicho inuentario.

14 Quo supposito, no es de consideracion el dezir que estaua en aquel tiempo consumado el matrimonio: Asi porque esto es incierto, y se colige lo contrario, de la mesma escriptura de el dicho inuentario: y quando (sin perjuyzio de la verdad) lo estuuiera, importarà muy poco por lo que se acaba de dezir, y luego se dirà.

15 Con lo qual, ya se responde facilmente, al primer fundamẽto, o razon de dudar, in primis; que (supuestas las circunstãcias de este caso) este inuentario no fue hecho despues de contraido ni consumado el matrimonio, sed tempore quo fuit cõtractũ, & vbi primum coniuges (propter locorum distantiam) in vnũ potuerunt conuenire ad illud conficiendum.

16 Y se haze mas llano, conque (si bien es verdad) como està dicho, que a la sazon el matrimonio no estaua consumado, ni de tal consta; (antes lo contrario) si esto se huuiera de impugnar por la primera limitacion de este fundamento, no viniera en consideracion la consumacion; porque la prohibicion de el titulo de donationibus inter virum, & vxorem, igualmente procede inter virum, & vxorem consumato matrimonio, y inter sponsos de præsenti ante matrimonium consumatum, vt probãt

bat textus apertus in.l.non sine, vers.quamuis.C.de bonis ma-
ternis; Imo inter istos cum maiori ratione procedit prohibi-
tio illa, quanto maior est affectio inter sponsos de præsenti, cũ
omnia noua placeant,& quotidie tepescat amor; vt in termi-
nis considerat,& cum penè infinitis demonstrat Pater Thomas
Sanchez de matrimonio, tom.1.lib.6.disputatione.1.n.4.vers.
sed dicendum est.

17 Pero respondiendo ya al dicho fundamento, y razon de du-
dar de el, y a la primera limitacion, se refuta, conque aunque
es cierta la regla que se acaba de dezir, y que la donacion inter
virum,& vxorem, igualmẽte se halla prohibida, ante, vel post
consumatum matrimonium; todavia esto no se aplica a el caso
presente, ni el inuentario otorgado por la muger, en fauor de
su marido, merece este nombre, pues aun quando no sean cier-
tos los bienes, no viniera a ser donacion prohibida, ni mas de
tan solamente contener vna renunciacion de gananciales en
fauor de su marido; la qual no es liberalidad, ni prohibida en
aquel titulo, sino muy licita, y permitida en estos Reynos, por
ley muy clara, y expressa in.l.60.de Toro, hodie.l.9.tit.9.lib.5.
recop. cuya disposiciõ procede y tiene lugar, no solo antes de cõ
traido el matrimonio,& inter sponsos de futuro, sino inter spõ
sos de præsenti,& post consumatum matrimonium, quia hæc
renunciatio, non est donatio rei, iuris adquisiti; sed adquiren-
di, nec subiacet interdicto tituli *de donationibus inter virum,& vxo-
rem*, vt bene probat Pater Thomas Sanchez.d.lib.6.disputatio
ne.5.n.3.& num.8.affirmat *probabiliùs esse posse vxorem, etiam con-
stante matrimonio, renunciare non solùm adquirendis, sed acquisitis eodẽ ma-
trimonio*; Y en el num.9.añade, *que todavia para euitar la variedad de
opiniones, se confirme con juramento la tal renunciacion*; como lo està el
inuentario de que se trata; y esto muy justamente, porque entõ
ces, aunque se le concediera a los de la contraria opinion, y de
la parte menos probable; ser esta renunciacion donacion, suje-
ta a la prohibicion de aquel titulo; todavia (aun entonces) se
confirmaua con el juramento, vt latè tradit Gutierrez de iurã-
mento confirmatorio.cap.3.à num.2.idem Pater Thomas Sã-
chez.d.lib.6.disput.11.n.2. Sed etiam absque iuramento com-
munior,& verior sententia docet *validam,& firmam esse, etiam cõ-
stante matrimonio, prædictam lucrorum matrimonij*, bene demonstat
Rebello de iustitia,& iure.2.p.lib.6.q.8.sect.1.n.2.vers.contra-
riam tamen sententiam.

De

18 De que resulta que supuesto que por lo que se acaba de dezir, caso que esta fuera renunciacion de lucros adquisitos, vel adquirendos, no estuuiera sujeta al titulo de donationibus inter virum, & vxorem; consequentemente tampoco lo estuuiera a la .l. qui testamentum de probationibus, cum similib. pues ella solamente procede in prohibitis, & fraudulentis, vt patet ex ipsius verbis: *Videtur enim eo quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis hæc in testamento adiecisse*: Y en el caso presente, ni milita esta prohibicion, ni ay ley que se pretenda defraudar; y tampoco puede auer lugar, ni aplicarse para causar perjuyzio la alegacion de la regla desta ley.

19 Y finalmente mucho menos la de la ley .2. § quæ onerandæ. ff. quarum rerum actio, lo primero porque ya se sabe que la regla de aquel texto, y la materia de el miedo reuerencial, no es bastante para rescision de los contratos, como bien prueba el mesmo Padre Thomas Sanchez, d. 1. tom. de matrim. lib. 4. disputatione .6. à num. 10. cum seqq. especialmente porque en el caso no interuino daño, ni lesion alguna en poca, ni en mucha cantidad, que pudiesse, ò debiesse dar fuerça a la pretension del dicho miedo reuerencial, suponiendose que es cierto que el dicho Pedro de las Muñecas, en aquella ocasion era hombre mui rico, y que tenia en su poder y casa, los bienes muebles, y joyas inuentariadas, y se le debian las dichas puestas en el inuentario, y las partidas de las ditas, que todas estan cõprobadas por los libros del Capitan; Como quiera que para esta comprobacion, y exclusiõ de fraude, bastara la certeza de algunas dellas, porque desto se influye la verdad de las demas, vt in eisdem fere terminis, & in confessione mariti de recepta dote, constante matrimonio emissa; probat Dominus Præses Couarr. lib. 1. variarum. c. 7. n. 6. vers. sic ex confessione, ibi: *Vnde aptiùs erit exemplum, si probetur partem illius dotis, quàm fatetur maritus recepisse, verè numeratam fuisse; nàm præsumitur totam dotem verè marito solutam esse*: adducit plura in confirmationem Gratianus disceptat. forensiũ, tom. 2. cap. 362. a num. 18. pulchrè Faquineus consl. 68. n. 5. lib. 2

20 Y tambien se comprueba la certeza de las ditas inuentariadas, porque a solas algunas de ellas, se les opone por mi señora Doña Madalena, que fueron incobrables (demas de que esta relacion es incierta, y asi no se dize en particular, quales partidas de las de el inuentario, tuuiessen esta incobrabilidad; Y aũ que ay vna, que es la de el .1. q. 051U345. maravedis, que està en el

el inuentario,con remifsion al libro con titulo de ditas atraſſadas,tampoco por eſto ſe prueba que fueſſen perdidas, ni ſe dexaſſen de cobrar; de que ſe ve bien,que no tiene fundamento alguno,el dezir que del inuentario huuo muchas ditas perdidas,porque auiendoſe reconocido las del inuentario, cõ las del libro,ſe hallan todas ſatisfechas;) En que ſe confieſſa que todas fueron verdaderas,y debidas,aũque ſolas eſtas por falta de bienes de los deudores,no cobrables,ni pagaderas: Et hæc de priori prætenſa limitatione contra inuentarium.

21 Quoad poſteriorem,ſe reſponde con no menor facilidad,lo primero in facto, negando que mi ſeñora D. Madalena fueſſe (al otorgamiento del dicho inuentario)menor de veinte y cinco años,y caſo que eſto tuuiera fundamẽto en el Derecho,por ſerlo de ſu intencion,le incumbia la carga de probarlo,conforme a principios vulgares de la materia.

22 Lo ſegundo en el Derecho,quando eſtuuiera probado ſer menor,para el acto de que ſe trata,era meneſter ver ſi tenia Curador para la materia de la ley ſi curatorem habens.C. de in integrum reſtitutione,a la qual ſe auia de recurrir, y no a la ley Clarum.C.de authoritate preſtanda;porque eſto no era juyzio ni acto judicial,ſino vn contrato,declaracion , y capitulacion matrimonial,extrajudicial,en cuya virtud quedan obligados los contrahentes,y paraque no ſe requiere autoridad judicial, como eſtà fundado.

23 Lo tercero y final,porque quãdo (ſin perjuizio de la verdad) el caſo fuera de ſu naturaleza,que mi ſeñora Doña Madalena fuera menor a la ſazon,y tuuiera Curador ad bona; y lo q̃ mas es,la materia fuera de las prohibidas à lege, al menor ſin interuencion de Curador,y authoridad de Iuez,vt in.l.1.ff.de rebus eorum,adhuc todavia no tuuiera fundamento eſta objeccion, reſpecto de eſtar(como eſtà) juramentado eſte inuentario por mi ſeñora Doña Madalena,porque la virtud,y fuerza del juramento,es tanta,que obra en eſte caſo,y cierra al menor la puerta para que no deba ſer oido,vt bene probat Gutierrez in authentica Sacramenta puberum.n.38.y.39.

24 Y finalmente,porque para excluſion de lo que ſe dize,q̃ mi ſeñora Doña Madalena en aquella ocaſion,eſtando ya caſada con el Capitan,y en virtud de ſu poder , en la villa de Caſtro de Vrdiales,y de alli traida por ſu orden a eſta Ciudad, no tenia voluntad libre,para oponerſe a coſa alguna,ſe excluye facil-

cilmente,conque demas de que esto assimesmo tiene el poco peso que se conoce,no se hallaua tan sola en esta Ciudad, que no fuesse,como fue,testigo instrumental de el otorgamiento de la escriptura del mesmo inuentario,vt tio suyo;cuya consideracion(quando faltàra otra cosa) era bastante para excluir este intento.

25 Todo lo que auemos dicho contra esta pretension, ha sido, y es,a mayor abundamiento,y conuencimiento de ella, porq̃ ninguna cosa le induze con mas llaneza, que el mesmo tenor, y forma de la escriptura del inuentario que para este efecto, & vt nullus relinquatur dubitationi locus,por no ser muy larga, se pone a la letra,que es de el tenor siguiente.

26 *EN La muy noble,y muy leal Ciudad de Seuilla,en catorze dias del mes de Iunio de mil y seisciētos y catorze años,en presencia de mi Frãcisco Hurtado,y de los testigos yuso escritos,parecio el Capitan Pedro de las Muñecas Helguera,vezino desta Ciudad de Seuilla, en la Collacion de San Bartholome,a quien doy fee que conozco, hijo que dixo ser de Pedro de las Muñecas,y de Maria de la Helguera su muger,difuntos: Y dixo que por quanto mediante la voluntad de Dios,y para su santo seruicio,y de su gloriosa y bendita Madre nuestra Señora la Virgen Sancta Maria su Madre; se tratò,y concertò casamiento entre el dicho Capitan,y D. Madalena Hurtado de Mendoça,hija de Don Iuan Hurtado de Mendoça,difuncto,y de Doña Maria Sanz de la Torre,su muger,vezinos de la villa de Castro de Vrdiales: Y para que el dicho casamiento tuuiesse efecto,le dio su poder cumplido a el Licenciado Martin Perez de Laguna Sancta Cruz,Comissario del Sancto Oficio de la Encartacion de Sopuerta, para que lo pudiesse desposar por palabras de presente,que hiziessen verdadero matrimonio con la dicha Doña Madalena Hurtado de Mendoça,como parece por el dicho poder, que passò ante mi el dicho Escriuano publico,a que se refirio: Y porque por virtud del dicho poder,el dicho Licenciado Martin Perez de Laguna Sancta Cruz,le tiene desposado con la dicha Doña Madalena Hurtado de Mendoça,por palabras de presente,como lo ordena,y manda nuestra sancta Madre Iglesia Catholica Romana;y ha venido a su noticia,que la susodicha ha partido de la dicha villa de Castro de Vrdiales,donde se hizo el dicho desposorio, para esta Ciudad de Seuilla,a hazer vida maridable con el dicho Capitã Pedro de las Muñecas;y antes que lleguen,y se junten a consumar el dicho matrimonio,el queria,y quiere hazer inuentario de todos los bienes que a el presente tiene,y trae a el dicho matrimonio,para que sean sabidos,y conocidos en todo tiempo,quales,y quantos son,y que los bienes de que hazia el dicho inuentario,son los contenidos en vn memorial,firmado de su nombre,que ante mi*

preſentó,ſu tenor del qual es el ſiguiente. Y juró por Dios nueſtro Señor, y por ſancta Maria ſu Madre, que el dicho inuentario de bienes, y memorial en él inſerto, era cierto y verdadero, ſin fraude alguno, ni coluſion alguna.

27 *Y Deſpues de lo ſuſodicho, en la dicha Ciudad de Seuilla, en diez y nueue dias del mes de Iunio, ante mi el dicho Eſcriuano publico, y los teſtigos yuſo eſcriptos, parecio la dicha Doña Madalena Hurtado de Mendoça, que aſsi ſe nombró, y dixo que por quanto ella era venida a eſta dicha Ciudad oy dicho dia, para hazer vida maridable, y conſumar matrimonio con el dicho Capitan Pedro de las Muñecas, con quien eſtá deſpoſada por palabras de preſente, como lo ordena, y manda nueſtra ſancta Madre Igleſia Catholica Romana, como ſe contiene en el inuentario de bienes arriba cõtenidos, fecho por el dicho Capitan Pedro de las Muñecas; el qual para mas ſu firmeza y validacion, ella antes de la conſumacion del dicho matrimonio, queria aprobar, y ratificar: y por mi el dicho Eſcriuano le fue leido con el memorial de bienes en él inſerto, todo de verbo ad verbum: Y la dicha Doña Madalena Hurtado de Mendoça, auiendolo oido, y entendido, y ſiendo de todo ello cierta, y ſabidora, con licencia que a mayor abundamiento, y ſiendo neceſſario, pidio, y demandó a el dicho Capitan Pedro de las Muñecas, y el ſe la dio, y ella aceto, dixo que aprobaua, y aprobò, ratificaua, y ratificò el dicho inuentario, y memorial de bienes en él inſerto, en todo, y por todo, como en él ſe contiene; y lo auia, y huuo por bueno, cierto y verdadero, y que lo ſon todos los dichos bienes, y todo lo demas en el dicho inuentario, y memorial contenidos: que todo ello ſuma y monta liquidamẽte los dichos.23.qs.772U050.marauediſes, los quales deſde oy declaró que el dicho Capitan Pedro de las Muñecas, tiene, y trae por ſu capital a el dicho matrimonio, y prometio, y ſe obligó de eſtar, y paſſar por el dicho inuentario y memorial en èl inſerto, y por eſta ſu aprobacion que de todo ello haze, y de no yr, ni venir contra ello en ningun tiempo, ſo expreſſa obligacion que para ello hizo de ſu perſona, y bienes auidos y por auer, y dio poder a las juſticias de ſu Mageſtad, para que por todo remedio, y rigor de Derecho, a ello le compelan, y apremien, como por ſentencia paſſada en coſa juzgada; y renunciò las leyes de ſu fauor, y las del Emperador Iuſtiniano, y el Senatuſconſultus, Veleyano, y leyes de Toro, que ſon en fauor de las mugeres, q no le valgan en eſta razon, por quanto por mi el preſente Eſcriuano, fue apercebida dellas, en eſpecial. Y para mayor firmeza de lo ſuſodicho, con la dicha licencia del dicho Capitan Pedro de las Muñecas, ſu eſpoſo, juró, y prometio por Dios, y por ſancta Maria, y por las palabras de los ſanctos Euangelios, y por la ſeñal de la Cruz, que hizo con los dedos de ſu mano derecha, en mi preſencia, y teſtigos, de cumplir, y auer por firme eſta eſcriptura de aprobacion, y no la reclamar, ni contradezir, ni alegar contra ella, fuerza, ni premia alguna, que le aya ſido fecha por el dicho Capitan Pedro de las Muñecas, ſu eſpo-*

ſo,

so, ni por otra persona alguna; porque declaró que la otorgã de su grado, y libre voluntad, y que deste juramento no pedirá absolucion, ni reclamacion a nuestro muy sancto Padre, ni a otro ningun Iuez, ni Prelado que se lo pueda conceder; y si le fuere concedida, la renunció, y dio por ninguna, para que no le valga: Y declarò que deste juramento, ni en cõtrario del, no tiene fecho, ni hará otra ninguna reclamacion, ni protestacion; y si lo tal pareciere, lo renunció, y dio por ninguno, para que no le valga, porque quiso que la fuerça y firmeza deste juramento, preceda a toda contradicion, y ambos lo firmarõ de sus nombres.

Segunda pretension de mi señora D. Madalena.

28 QVe en caso que se aya de hazer el fundamento que debe, para sacar el capital del Capitán, conforme a lo que acaba de fundarse, y las ditas que en el puso, y afirmô se le yuan debiendo, las vnas de algunas de ellas, a pagar en España; y otras a pagar en Indias: todavia dize que es cosa notoria, que estas en si mesmas, (las pagaderas en España) tienen intrinseco valor, a veinte por ciento; y las para Indias, a cinquenta por ciento, siendo para Tierrafirme: y a ochenta por ciento, las para Nueua España: Y que con este supuesto en el Hecho, lo debe ser tãbien en el Derecho, y resolucion cierta de el, que al marido se le ha de restituir, en la diuision, y particion, el dinero, trigo, cebada, vino, azeyte, y semejantes, que traxo al matrimonio, en la mesma bondad, calidad, y estimacion, que tenia intrinsecamente, al tiempo que se contraxo el mesmo matrimonio, aora el valor, o estimacion, aya crecido, ò decrecido, al tiempo de la separacion del matrimonio, y particion de los bienes del, ex textu in l. res in dotem. ff. de iure dotium, & argumento textus in. l. si vinum. 7. ff. de vsufructu earum rerum, docuit Ayora de partitionibus. 1. p. cap. 7. a num. 6. vsque ad num. 14. Gutierrez de gabellis. q. 73. per totam omnino videndus.

29 Esta pretension carece de fundamẽto, in primis, porque los textos que se acaban de alegar, y doctrinas por ellos, parece q̃ no son aplicables al caso presente, porque hablan, y proceden en las cosas consistentes en genero mutuable, vt quod recipit functionem in genere suo, en las quales se constituye la diferẽcia, si las trae la muger, ò el marido por capital; A saber, que la muger puede repetir tantundem in genere, como si fuera mutuo, eiusdem qualitatis, & bonitatis; id operante nomine, & natura dotis, qua maritus tenetur ad restituendum; Non ita è cõuerso

uerſo in marito,qui non obligat vxorem aliquo titulo,ad huiuſmodi reſtitutionem; y aſsi ſolamẽte ex natura actionis pro ſocio,puede ſacar la eſtimacion que aquellos bienes (aunque conſiſtentes numero,pondere,vel menſura) a la ſazon valian; en lo qual ex regula textus in.l.ſecundum naturam.ff.de regũlis iuris,puede ſer en gran prouecho ſuyo; ſi acaſo el precio huuiere decrecido deſde el tiempo del matrimonio,al de ſu ſeparacion,como por la meſma razon de igualdad,no lleuara prouecho,ſi acaſo fuere mayor el precio a el tiempo de la ſeparacion de el matrimonio,de lo que contenia al tiempo que fue contraido.

30 Pero las ditas de que ſe trata, no ſon de aquella calidad,ni de las que recipiunt functionem in genere ſuo; y en el marido que las trae al matrimonio por capital;no ſe han,y deben conſiderar,con la eſtrecheza de lo que ſe venden por los que eſtan apretados,y cõ falta de dinero,para ſocorrer ſus neceſsidades, ſino en toda ſu cãtidad,y las ha de cobrar el marido en la meſma cantidad; Y aſsi ſe preſume como diligentiſsimo padre de familias,y a expenſas comunes del meſmo matrimonio, y para el,a quien baſta el no conſtar auerſe hecho eſtas coſtas en la cobrança de las Indias,ni aunque ſe huuieſſe hecho la cobrança en ellas,y ſe pudieron pagar en Seuilla;ò en caſo que ſe cobraſſen en las Indias,traer por otras inteligencias(para que tenia el dicho Pedro de las Muñecas mucha mano, ê induſtria,) tanto para que no le coſtaſſe vn ſolo marauedi la cobrança,y conduccion,quanto para que vinieſſe empleado en los dichos generos,que cauſaſſen mucho mayores aprouechamientos en los bienes comunes; Y fortaſis, muchas vezes en las meſmas Indias por ſu perſona,y las de ſus amigos,y correſpondientes, y las mas de ellas no trayendo el dinero en ſer, ſino empleado en generos mas vtiles,y gananciofos,que cõduzidos,y comerciados a eſtos Reynos,impinguaron grandemẽte el caudal de eſte matrimonio; de que reſultaron los gananciales de que ſe trata: Conque viene a ſer contra toda razon de igualdad, pretender que eſtas ditas ſe han de reduzir al precio,que(como eſtà dicho) los neceſsitados las vendieran en la plaça de la Lonja; Conque tambien ſe reſponde al dezir que por lo menos ſe ha de baxar de la cantidad de ellas,el derecho dela Aueria,encomienda,y otras coſtas,pues ya ſe ſabe, que quando ſe confeſſàra la traida en ſer,todas eſtas ſon comunes,y por quenta dela

compa-

compañia, y del cumulo, y monto de ella, en cuyo beneficio cedio, y se presume auer cedido toda la cobrança.

31 Y finalmente no le ayuda nada a esta pretension, antes se retuerce, el dezir (como se dize) que le basta al Capitan, el que si este dinero, conduciendolo de las Indias en especie, o ya en mercaderias comerciado, se perdiera en el viage por algun infortunio, auia de ser por quenta de lo multiplicado, y que el marido, y sus herederos, no auian de poder pretender, mas del valor de su capital, al tiempo de el contrato de el matrimonio, pretendiendo fundar esto en la doctrina referida, porque antes se puede, y debe ponderar, en confirmacion de lo q̃ se acaba de dezir, y que estas ditas cobradas en las Indias, conduciendose a España, ya en dinero, ya en mercaderias para mayor aumento, aunque es verdad que viniendo por el camino, se perdian por quenta del multiplicado, porque el caso fortuito era por quenta de la compañia, como auia de ser en su vtil, las ganancias de los generos; todavia el capital, no era sino la mesma cantidad que se cobrò, y venia en dinero, o mucho mas si venia en mercaderias, y no la estimacion que de contrario se pretende, por lo que està dicho, que este, y no aquel fue el verdadero capital, y el caso fortuito no le prejudica nada, vt bene per Palacios in rubrica. §. 66. n. 3. ibi: *Consuetudo tamen huius Regni est quod de bonis super lucratis resarciatur damnum casu contingens in bonis alterius coniugum, & sic iudicatum fuit in chanceleria, & est satis rationabile.* Sequitur Gregorius in l. 18. tit. 11. partita. 4. verb. El pro, Matienço in. l. 3. tit. 9. glos. 7. n. 7. lib. 5. recopil.

Tercera Pretension de mi señora D. Madalena.

32 DIze que por lo menos se ha de baxar del inuentario, la partida de el, de. 1. q. 088ɉ000. marauediſes del num. 125. por tantos dize tenia, en reales, y escudos de oro de contado, respecto de que siendo vna cosa tan facil, y en moneda tan noble, y de que pudo hazer demonstracion al Escriuano, para que diera fee de ella, no se hizo assi; y que esto se comprueba tambien, conque si fuera cierto el tener aquel dinero, no compràra (como se dize auer comprado) fiados, los seiscientos ducados de joyas, que se obligó a pagar a Carlos Amel, Lapidario, por escriptura que passò ante Francisco Fernandez de Villalobos, en 26. de Mayo del mesmo año de seiscientos y catorze, a pagar

para fin de Diziembre del mesmo año, auiendose hecho el dicho inuentario, en. 14. de Iunio del mesmo, diez y ocho dias tã solamente de diferencia de vna escriptura a otra: Item, q̃ dentro de dos meses siguientes, vendio la mejor cadena que tenia, para el gasto de su casa; de las quales consideraciones dize que se comprueba el auer sido supuesta esta partida, y como tal, deberse baxar de la cantidad de el dicho inuentario.

33 Lo que està dicho en la primera pretension, influye derechamente, y da competente respuesta a esta, argumento textus in l. si quis. 7. ff. de exceptione rei iudicatæ, ibi: *Si quis cum totum petijsset, partem petat, exceptio rei iudicatæ nocet; nam pars in toto est; eadẽ enim res accipitur; & si pars petatur eius, quod totum petitum est, nec interest vtrùm in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel in iure;* Y assi fundado bien, que todo el inuentario es justo, solemne, juramẽtado, y que no ay fundamento para que mi señora Doña Madalena lo pueda impugnar in totum, tampoco le ay para que pueda esta partida.

34 Pero, demas de esta general impugnacion, aunque las conjecturas son de calidad, que no necessitan de satisfaccion, se le dà facilmente, con dezir lo primero, que supuesto el otorgamiento de el inuentario, confession, y juramento en èl contenidos, no fue necessario hazer demonstracion real de la partida de moneda que en èl se refiere; como ni tampoco de todas las demas: Y lo segundo, que en quanto a la primera conjectura, antes se retuerce, porque no es cierto, ni verosimil, que quien tiene dineros de contado, no compre al fiado, sino lo cõtrario, y que en hombres de la mano, è industria de el Capitan, aũque tuuiera el dinero de contado, en el discurso de los seis meses de el fiado, pudiera negociando con su dinero, ganar lo mesmo q̃ al cabo de ellos auia de pagar: Y lo tercero, que la mesma cõsideracion se debe hazer, en quanto al vender la cadena, porq̃ para efecto de negociar, y ganar con el dinero en semejantes personas, es la mejor, y mas prudente administracion; y a esto, y no a lo contrario, se deben atribuir estas acciones.

Quarta pretension de mi señora D. Madalena.

35 Dize que por lo menos se han, y deben baxar de los bienes del dicho inuentario (particularmente en las joyas, esclauos, y menage de casa) los precios excessiuos, en que supone auer

auer sido apreciados, de mas de lo que valian; y que se han de reduzir a su justo, y legitimo precio, aunque el excesso no huuiesse llegado en el precio, a mas de la mitad de el justo, en fuerça de las especiales prouisiones de Derecho en este caso, l. iure succursum. §. fin. ff. de iure dotium, l. 16. tit. 11. partita. 4. & ibi Gregorius, Gomez in. l. 53. Tauri. n. 54 Barbosa in rubrica soluto matrim. 4. p. n. 25. & seq.

36 Facilmente se excluye esta pretension, con el defecto de la probança de el Hecho, y con solamente la negatiua de que no huuo este excesso, ni ay modo para verificarle: Y en el Derecho con la mesma doctrina, que en la segunda pretension, se nos opuso por parte de mi señora D Madalena, de qua supra. n.

A saber que non ambulant pari passu, la dote de la muger, respecto del marido, ni las disposiciones de Derecho q̃ en ella se hallan; en el capital de el marido, y que lleua al matrimonio, respecto de la muger; Imo (quod magis est) en el tiempo de las leyes, y Derechos que en este caso se apuntan, no auia, ni se esperaua auer, caso a que poder aplicar aquella disposicion, pues tansolamente en aquel tiempo sacaua la muger su dote; y tenia el marido obligacion a restituirla; y si en el aprecio de los bienes dotales auia el excesso en perjuyzio de qualquiera de los dos, aunque no fuesse por causa de menor edad, se reduzia; pero el marido ni sacaua, ni se esperaua que sacasse capital, ni que lo huuiesse, o no huuiesse lleuado a el matrimonio, ni q̃ huuiesse, o no huuiesse gananciales en el, pues todo era suyo, y para el, siendo solamente deudor de la dote que recibio; Y assi no se puede, ni debe estender aquella disposicion, a vn caso tan incogitado como este, y mucho menos, subsiguiẽdose despues de esto la. l. 2. C. de rescindenda venditione, que no admite alegacion de lession en ningun caso, si no es en mas de la mitad de el justo precio, y esso dentro de quatro años, que quando se diga que por el particular priuilegio de la dote, no comprehendio el caso d. legis. 16. partitæ, el capital del marido no es dote, ni se le aplica el priuilegio de aquella ley, argumento text. in d. l. res in dotem 42. ff. de iure dotium, que para este proposito, y distincion ponderaua en su fauor, la parte de mi señora Doña Madalena. n.

37 Con lo dicho queda tambien satisfecho a otra pretension q̃ interpone mi señora Doña Madalena, contra vna partida de el inuentario, de cantidad de ochocientos ducados de ropa blan

ca,por dezir que no se declara por menor cada pieça de la dicha ropa,y que esto solo ha de bastar paraque no se deba hazer caso de ella,y mas, considerado q̃ anduuo el Capitan, de manera menudo en el dicho inuẽtario,que puso vn bufete en seis ducados, y quatro quadros en ochenta reales;y vna sortija en veinte y quatro reales;porq̃ antes considerado esto, se demuestra bien,que no huuo para que descender a cada pieça en particular,de la ropa blanca,y que ella en si era tanta, y tan luzida, que reconociendolo mi señora Doña Madalena, y que no era excessiuo el aprecio,vino en el,y lo consintio,y juramentò.

Quinta Pretension de mi señora D. Madalena.

38 Dize que ajustado(segun sus pretensiones)lo que huuiere de ser capital de el dicho su marido,se le han de pagar luego en primero lugar sus dos mil ducados en oro, de las arras q̃ su marido le mandô.

39 Y porque siente bien la tacita oposicion que se le puede hazer,que en esto(por lo menos)se obliga (quando lo demas cessara)a confessar a su marido,veinte mil ducados de capital;en cuya dezima parte pudiessen caber dichos dos mil ducados,cõforme a la ley del Reyno,replica que por dos fundamentos està exempta de esta confutacion;el primero,porque aquella ley se limita,saluo quando el que promete las arras, las promete, *de los bienes que a la sazon tenia,o tuuiesse,adelante*; porque en tal caso basta,que quepan en la dezima parte delos bienes,que adelante adquiriere;vt docet Ayora de partitionibus.1.p.c.7.nu.18. Matienzo in.l.2.tit.2.lib.5.recop.glos.1.n.5. Gutierrez tertio practic.q.42.n.2. Nouissimè Noguerol,allegatione.17.n.48. y que de esta calidad fue la promessa de estas arras.

40 El segundo,porque dize que por su testamento, debaxo de cuya disposicion murio,mandò *que se le pagassen con efecto las dichas arras*,conque pretende que las ha de auer iure legati,y consequentemente no sujetas a la circunscripcion de la ley de el Reyno.

41 Pero estas replicas no tienen fundamento, ni son ciertas; en quanto a la primera,porque aũque ella sea cierta en Derecho, no se aplica al Hecho,porque la promessa de estas arras,no fue hecha por el Capitan, *de los bienes presentes,o futuros*,ni dicho *que si no cupiessen en la dezima parte de aquellos,fuesse en la dezima de estos*; que

es el caſo de la doctrina, antes expreſſamente (como es verdad con mucho exceſſo) dize *que cabe en la dezima parte de los que tenia;* y la mencion de los futuros ſolamente es en la obligacion de ſu pagamento; como deudor eſcripturario, *obligar ſu perſona, y bienes, auidos, y por auer,* como parece de la clauſula, ibi: *Otorgo q̃ le doy, y mando en arras, dos mil ducados de oro, los quales declaro que caben mui biẽ en la dezima parte de los bienes que al preſente tengo, y quiero, y conſiento, q̃ la dicha Doña Madalena mi eſpoſa, aya, tenga, y poſſea, eſtos dichos dos mil ducados que aſsi le mando de arras, ſobre mi perſona, y todos mis bienes, que oy dia tengo, y tuuiere de aqui adelante, los quales, para eſte efecto, le obligo, è hypotheco, &c.*

42 Y en quanto a la ſegunda, tambien ſe refuta facilmente, porque la clauſula del codicilo del Capitan, no le haze manda, ni legado alguno; antes nomine pœnæ, y en caſo de no obedecer a ſu diſpoſicion, manda *que ſe le pague lo que eſtrechamente ſe le debiere, de arras, y multiplicado, ſacando el capital por ſu inuentario, y con toda eſtrecheza de quenta,* como parece de las palabras de la Clauſula, ibi: *Y ſi no quiſiere hazer, y cumplir, ni venir en lo por mi diſpueſto, es mi voluntad que luego que lo tal ſucceda, ſe ajuſte la quenta con la dicha D. Madalena, y ſe le paguen ſus arras, y multiplicados, ſi algunos huuiere, conforme a las eſcripturas que entre noſotros tenemos otorgadas, y a las quentas de mis libros, por donde ſe ha de ajuſtar la ſuya, y ſus pretenſiones; y pido a mis albaceas, teſtamentarios, y herederos, con todo cuydado ſe ajuſte la dicha quenta, ſacãdo primero, y ante todas coſas, el capital que yo truxe a poder de la dicha D. Madalena quando nos caſamos, conforme a las dichas eſcripturas.* Por manera que eſta no fue forma, ni modo de hazerle manda, ni legado alguno a la dicha Doña Madalena, ni de vſar ninguna liberalidad con ella; antes, por el contrario, moſtrarſe muy ofendido de ſu voluntad, y diſpoſicion, y pagarle ſolamente, y cõ toda eſtrecheza, lo que ſe le debieſſe.

Sexta Pretenſion de mi ſeñora D. Madalena.

43 DIze que ſi bien es verdad que acerca de la interpretacion de la ley.5.tit.9.lib.5.recopil. y en aquella queſtion, *Si en la facultad de enagenar concedida al marido, en los gananciales, eſtâ tambien cõprehendida la donacion, y contratos merê gratuitos?* y que los autores del Reyno eſtan varios en ella, vnos por la afirmatiua, y otros por la negatiua parte; pero que todavia (reconociendo la buena fe como ſe debe) dize que la mas corriente, y practicada opi

nion,

nion, es la que distingue, y enseña, que la facultad de el marido en este caso, non debeat ita amarê, & strictê esse intelligenda, q̃ se diga que no pueda in totum el marido, donar algunas cosas menudas, y en cantidades cortas; y que ponen por exemplos los authores, los aguinaldos, q̃ se dan a los criados por las Pasquas; Pero que tampoco no ha de ser tan ampla la facultad del marido, que pueda hazer donaciones excelsiuas, y liberales, y en cantidades gruessas, como se dize q̃ lo resuelue el señor Luis de Molina lib. 2. cap. 10. n. 67. y otros authores que con èl se refieren.

44 Pero qualquiera de las opiniones que se tenga, las assertas donaciones, que se pretenden impugnar, no padecen el defecto que se les opone, ni se aplica el exemplo de los aguinaldos, porque estos, y los semejantes, no en el marido (que es dueño, y señor, y dispensador de los bienes gananciales) sino aũ en los Tutores, y Curadores, y que no tienen ninguna de estas calidades, procede; como bien lo aduirtio el señor Luis de Molina. d. n. 67. ibi: *Nimis ex ea opinione restringitur mariti authoritas, & potestas, cùm ne dum maritus (qui rerum communium dominium habet) sed tutores, ac que cæteri administratores ex bonis alienis donare possint, ea quæ á dominis èx eorum qualitate, & consuetudine donare conuenientia, atque solita sunt.* Y en los tales (no en el marido por su diferente calidad) procede el exemplo de los aguinaldos, y semejantes: Y aun en ellos conforme á Derecho, los Tutores, y Administradores de personas ilustres, nobles, y ricas, pueden muy bien, de los bienes de sus dueños (y en que no tienen mas de la desnuda administracion) hazer donaciones prudencialmente gouernadas, y competentes, y que redundan en honra, y authoridad, de aquellas personas, cuyos bienes administran, l. filius, vers. Non vnquam ff. de donationibus, vbi notant DD. communiter, & in. l. cũ plures. §. vltimo. ff. de administratione Tutorum, glos. & DD. in. l. contra iuris. §. vltim. ff. de pactis, post multos Tiraq. de nobilitate. cap. 37. n. 35. Pinelus in. l. 1. C. de bonis maternis. 3. p. n. 57. ergo multo magis en el marido, & àfortiori, por las calidades que en èl concurren, de quibus proximê.

Septima Pretension de mi señora D. Madalena.

45 DE la sexta pretension, por mayor, y como por corolario de ella, pretende sacar la septima, que se sigue, y es, que de los bienes

bienes q̃ huuiere deste matrimonio, se le ha de sacar para ella, otras tantas cantidades, que el dicho Capitan huuiere sacado por donaciõ, y en fraude de su muger, y dize q̃ en primero lugar cõprô, cõstante matrimonio, en el Valle de Otañez, vna Casa, Torre, y Heredades, que todo auia sido de sus mayores, que la reparò, è hizo en ella muchas obras, y que en su principal, y reparos, como parece de sus libros, vino a mõtar. 2. qs. 985\|945. marauedises; y que de estas Casas dispuso por Clausula de su testamento, para vn Colegio, o Seminario, de Estudiantes, Niños de Escuela, y que huuiesse en ella Capilla, y Capellanes perpetuos, Preceptores de Gramatica, numero de Colegiales, y Maestro de Escuela, como mas largamente consta de la Clausula de el testamento que de esto trata, y dize que, u, de el capital de el Capitan, se ha de baxar otra tanta cantidad, como lo gastado, en estos bienes; u, de lo multiplicado se le ha de hazer bueno a mi señora Doña Madalena, otro tanto, porque aũque se conceda, que el marido, de los bienes comunes, y multiplicados, pueda legar, o destinar, alguna pieça, o pieças, y en ellas se aya de cumplir su vltima voluntad, todavia esto ha de ser sin daño de la muger, y dandole competente satisfacion, vt tradit Ayora de partitionibus. 2. p. q. 41. Garcia de expensis. cap. 13. n. 20. Angulo, y otros que para este proposito se refieren.

46 Esta pretension carece de fundamento, y se excluye con facilidad, porque aunque sea verdad que el Capitan, constante el matrimonio, en fuerça del sentimiento natural, que causa ver los bienes de sus mayores en poder ageno, constante su matrimonio, cõprò esta Casa, Solar, y Torre, y la aya labrado, y edificado en ella, y como tal no se le pueda negar, que pagado el capital, era bienes comunes de el matrimonio, y que se auia de poner por bienes de el, y darse competente satisfacion de la rata que le cupiere; pero este aprecio no ha de ser por lo que costò, ni por lo que se gastò, sino por lo que aora valiere, que es quando en virtud de la Clausula del testamento, se saca de el monton, y no deben mas los Herederos de Pedro de las Muñecas (q̃ lo sacan para el Colegio) que lo que aora valiere, considerado el sitio, y lugar adonde està, y lo que puede rentar, y esta cõ mucho mas razon, considerando, que las dichas Casas comprò y edificò el Capitan, no cõ animo, è intencion de hazer en ellas Collegio, sino para efecto de yrse a viuir, y retirar a ellas, por ser de sus mayores, y tan cerca de la naturaleza de marido, y mu-

ger;

ger; Y asi, de la mesma forma, y manera que si las huuiera cōprado por poco, y gastado poco, y valieran mucho, este valor de aora se auia de considerar, si las destinàra para el Colegio, assimesmo (vice versa) aunque ayan costado mucho, si valen poco, esto, y no aquello, es lo que se ha de considerar, assi por las leyes de la Compañia, como de el Derecho natural. l. secundū naturam. ff. de regulis iuris, regula qui sentit de regulis iuris, libro. 6. cum vulgatis.

Octaua pretension de mi señora D. Madalena.

47 TAmbien esta se pretende sacar por corolario de la sexta, y dize que constante el matrimonio, dio, y donò a sus hermanas, sobrinas, y otros parientes, ya para alimentos, ya para redimir algunos censos que tenia sobre sus haziendas; ya para dotes de sobrinas, y parientas, 1. q. 234U000. marauedis, como parece de sus libros, y que otro tanto ha de sacar mi señora Doña Madalena de el monton.

48 Esta, como las demas, carece de fundamento: Lo primero, porque muchas de las partidas que constituyeron esta suma (y fueron limosnas hechas a parientas de el Capitan) son de tiempo antes del matrimonio contraido con mi señora Doña Madalena; en que no puede entrar, ni salir esta pretension: Y lo segundo, porque las restantes, que son de el tiempo de este matrimonio, son menudas, y en diferentes tiempos, y que como tales, no se deben computar, ni executar lo que se pretende; porq̄ en el discurso de treinta y tres años, para vn hombre tā noble, rico, y de tanta authoridad, como el Capitan (conforme a qualquiera de las opiniones referidas) apenas viene a salir a cien ducados al año, y esta cātidad bien era permitida darla de limosna (y aun mucho mas, segun prudencial, y bien regulado arbitrio de buen varon) y pudo, y aū debio preferir en estas Obras pias, a sus deudos, y parientas suyas, necessitadas, argumento textus in. c. cùm in officijs charitatis de testamentis: Y finalmēte, porque esto se allana de todo punto, con que otras tantas (y aun mayores cantidades, repartio en el discurso del dicho matrimonio, [illegible] parientas de mi señora D. Madalena, y por respeto suyo; y en particular por el mesmo respecto tuuo al señor Don Iuan Hurtado de Mendoça su hermano (sustentandole en su casa, y mesa, y de todo lo necessario con mucha authoridad)

mas

mas tiempo de treinta años;y haziendoles algunos donatiuos muy considerables,a la madre,y hermanas de mi señora Doña Madalena,que importaron mucho mas que los gastos hechos con sus proprios deudos,y parientes.

Nona Pretension de mi señora D. Madalena.

49 DIze que de el monton,se le ha,y debe sacar precipuo,1.quẽto.003U255.marauedises,por tantos que dize el dicho Capitan auer pagado,y lastado por Lorenço de Leagui, de dos fiãças que porèl hizo,la vna de ellas en fauor de Hadriano de Legaso,por la quarta parte de la Nao señora S. Ana,que el dicho Leagui comprò del dicho Hadriano de Legaso: Y otra de 4U. ducados,en que le fiò en la Receptoria del vellon, que se labrò para la satisfacion de el millon,de que su Magestad se siruio el año passado de seiscientos y veinte; y que de resto de entrambas dichas fianças,pagô la dicha cantidad, como parece de las quentas: Y lo mesmo otros.2.qs.649U482.marauedises, que dize auer lastado,y pagado,por las Bullas de la Prebenda del Racionero Don Francisco de Alcedo su sobrino, los quales dize auer cobrado el Arcediano D.Duarte Pereira de Touar,porque dize,que las fianças que el marido haze,no han de ser (en manera alguna) por quenta,ni daño de los gananciales de la muger,y que assi lo dispone la ley.7.tit.3.lib.5.recopil. & ibidem Matienço glos.vnica,& iterum in.l.3.tit. 9.glos.7.nu.3. Ayora de partitionib.1.p.c.8.n.12. Gutierrez lib.2. practic.q. 128.pertotum,Garcia de coniugal.aquestu.nu.149.Hermosilla in.l.55.tit.5.partit.5.n.32.vbi *quod non inuenit contradictorem*;Flores in additione ad Gammam decis.40.n.1. vbi *quod dicta practicatur*.Morquecho de diuisione bonorum lib.2.cap.13. nu.12.& seqq. Y pondera en quanto a la partida del dicho Racionero en particular,que aora se juzgue por fiança,aora por donacion paliada con este nombre;por ninguno de estos dos titulos puede prejudicar a los ganaciales de su muger.

50 Esta question se ha tenido por controuersa en este Reyno,y de los mesmos authores de que la parte de mi señora D.Madalena se pretende valer,y alega,el vno de ellos resuelue derechamente contra su pretension, y que la muger no puede obtener en este caso cosa alguna,y que assi lo ha visto practicar comũ, è indubitantemente,in.l.7.tit.3.lib.5.recopil.nu.13.ibi: *Et sic*

per fideiussionem, sicut per alienationem quamlibet mariti constante matrimonio, reuocabiliter acquirit vxor, non verò irreuocabiliter, & sic fideiubendo sicut qualibet alia alienatione quæsita hæc, & lucra alienare potest, & ita practica communi indubitanter obtentum videmus; & iterum in.l.5.tit. 9.lib.5.recopil.tratando de la pretension de mi señora D. Madalena, dize *quod difficulter obtinebitur in practica*, de que no alcançamos, quo spiritu dixo Hermosilla.d.n.32. auiendo alegado a el mesmo Azeuedo, *quod de hoc non inuenit contradictorem*: Y asi es preciso more rotali, disputar la question ad partes, y seguir la que pareciere mas bien fundada.

51 Y la que fauorece a mi señora D. Madalena, se vale de dos medios, o fundamẽtos, que son el primero, authoridad de ley; y el segundo, razon de la mesma disposicion de la ley.

52 Quoad prius (como auemos tocado) pretendese por esta parte, que tiene en su fauor caso de ley expresso, y que este no dexa abierta puerta a ninguna razon de dudar: Ea est la ley.7.tit. 3.lib.5.recopil.ibi: *Mandamos que por fiança que el marido hiziere en qualquiera manera, o por qualquiera razon, no sea obligada su muger, ni sus bienes*: a la qual da por concordante, Matienzo en ella, la ley.5. tit.18.lib.3 fori, ibi: *Si el marido fiziere fiadura sin otorgamiento de su muger, y la pechâre, ella, ni sus herederos no sean tenudos de pechar ninguna cosa por razon de esta fiadura en vida, ni en muerte.*

53 Ponderando la fuerza de estas leyes, y que aquella palabra; *No sea obligada la muger, ni sus bienes*, se ha, y debe entender precisamente de la mitad de los gananciales, que le tocan, porque en los suyos proprios capitales, no tenia razon de dudar, como la debe tener qualquiera ley, l. quod labeo. ff. de carboniano edicto, l 1. in fine, ff. ad municipalem; y de esto no solamẽte lei, sino rubrica, y titulo entero, auia antes Cod. *ne vxor pro marito*, y no auia para que hazer ley especial, en aquello que ya en general estaua estatuido: Y este fue el fundamento que obligò a Matienzo (in.d.l.7 glos. vnica) a tener esta ley por decisiua del caso de este dubio, siguiendo a Montaluo, que sintio lo mesmo in dict. l 5. tit.18.lib.3.fori glos.1. dubius tamen, como luego veremos.

54 Quoad posterius, porque lo confirman con esta razon, el q̃ tiene libre administraciõ para disponer de alguna cosa, en ella no se comprehende todavia, ni tiene facultad para fiar, nam malè vti substantia sua, dicitur, & dissipare, ille, qui fideiubet; l. in personam. 30. §. qui pecuniam. ff. de pactis, ibi; *Quod si quasi fideiussor*

sor interuenit, ex qua causa in peculium actio non daretur; ergo quantũuis marito libera horum bonorum administratio concessa fuerit; non tamen fideiussio concessa censeri debet.

55 His tamen non refragantibus, la contraria opinion, es mas verdadera, y bien fundada, assi en autoridad como en razones; cosa que se comprueba, tanto en los fundamentos siguientes, como de la respuesta de los contrarios, que se acaban de proponer, en que in primis est aduertendum, & consideratione maximè dignum, que la dicha. l. 5. del tit. 18. lib. 3. fori, y la dicha ley 7. tit. 3. lib. 5. nouæ recopil. que por la parte contraria se alegã, entrambas son de el señor Rey Don Alonso, que fue author de la compilacion de aquel fuero, como se contiene en su principio, y tambien lo fue de la dicha ley. 3. en el año de mil y treciẽtos y ochenta y siete, y que el primer autor de esta opinion, que fue Montaluo, referido por Matienzo, no està seguido por el, ni tomada resolucion; antes cierra el discurso diziendo, *tu cogita*.

56 Lo segundo est aduertendum esse non leue fundamentum pro hac parte, que no se puede hazer solido por la contraria, en aquellas leyes, y que solamente disponen indistinctamente, q̃ *la muger, ni sus bienes, no sea obligada por la fianza que hiziere su marido*, porque aquella palabra, *sus bienes*, generica, y equiuoca, se ha de entender pro famosiore significato, ex doctrina glos. in. l. 1. ff. si ager vectalis, & ita, de los bienes suyos, puramente, y sin cõtrouersia alguna, & in actu: no assi empero de la mitad de los gananciales, que no son de la muger, sino conditionaliter, & in habitu, & sequuta ipsius acceptatione post mortem mariti, vt est verior nostrorum sententia ex ipso Matienzo in. l. 2. tit. 9. lib. 5. recopil. glos. 3. nu. 18. Y assi no concluye cosa alguna, la disposicion de estas leyes, para el proposito de este pleyto, y era menester ser mucho mas clara su disposicion, y por palabras mas llanas, diziendo, *la muger, en la mitad de sus gananciales, no sea obligada por las fianças que el marido huuiere fecho durante el matrimonio*: aliter enim harum legum dispositio, allegari non meretur ad huiusmodi dubij decisionem, ex illa celebratissima iuris doctrina, *quod determinatio ambigui, esse debet, & assumi ex verbis certis, & claris*; non autem è conuerso; (como se pretende en este caso) *determinatio certi ex verbis non certis, neque claris*, pulchrè Antonius Faber in consultatione Montis Ferrati. 1. p. pag. 208. Felician. de censib. 2. tom. lib. 4. cap. 1. n. 8. col. 9. fol. mihi. 229. vers. nostræ verò sententiæ; Cosa q̃ presintio bien Matiẽzo in. d. l. 7. in fine ibi, *Tu cogita*.

57 Lo tercero, porque quando (sin perjuyzio de la verdad) tuuiera (que no tiene) algun fundamento; el pretender que aquella l. 7. y las palabras de su disposicion, hablassen, y se entêdiessen de los bienes gananciales de la muger, estaria, y està reuocada por la. l. 5. tit. 9. lib. 5. recopil. que es mucho mas moderna, y del señor Rey Don Henrique en Nieua añó de setenta y tres, el qual, no assi como quiera, sino (comentando la ley de el fuero, y de el estilo, y las otras leyes que disponen sobre la manera q̃ se ha de tener en los bienes ganados entre el marido, y la muger, durante el matrimonio, ordena, y manda *que los pueda enagenar el marido, durante el matrimonio, si quisiere, sin licencia, ni otorgamiento de su muger, y que el contrato de enagenamiento vala, saluo si fuere probado que se hizo cautelosamente, por defraudar, o damnificar a la muger*: Cuya decision, y palabras, se ponderan mucho en fauor de esta parte; in primis, porque aquellas palabras, *los pueda enagenar*, en el sentir de los mas del Reyno, prueba q̃ los pueda donar, alienationis namque verbo in dispositione legis, donatio comprehenditur, cap. nulli. 5. de rebus Ecclesię, ibi: *Alienationis autem verbum continet donationem*: Deinde, porque la generalidad y pregnancia de la facultad de enagenar en el marido, tiene solamente vna excepcion, y vn caso exceptuado, el qual firmat regulam in contrarium, en todos los demas, ibi: *Saluo si fuere probado q̃ se hizo cautelosamẽte por defraudar*: ergo esta probança (como fundamento de su intencion) incumbe a la parte de la muger.

58 Lo quarto, porque de esta amplitud de potestad en el marido, procedit quod non solùm fideiubendo, sed etiam, quod maritus ludendo, & meretricando consumpsit, non tenetur in sua parte computare; & ita practica, & consuetudine receptissimũ est, vt per Gregorium in. l. 13. tit. 10. partita. 5. verb. Ganancias; Gutierrez lib. 2. practic. q. 121. n. 7. Nauarrus in manuali, c. 17. n. 155. Gomesius in. l. 51. Tauri. n. 73. Azeuedo in. d. l. 5. tit. 9. lib. 5. recopil. n. 10. Baeçá de decima Tutoris. c. 27. n. 28. Garcia de coniugali aquestu. n. 66. testatur probabilem, & in praxi magis receptam, nouissimè el Padre Thomas Sanchez, consil. tomo. 1. lib. 1. cap. 5. dubio. 10. à num. 1. Ergo multo magis dicendum est non teneri computare maritum, quod expendit in fideiussionem, cum in priori casu expensionis det operam rei illicitę, & pecaminosæ: in posteriore autem (per cõtrarium) det operam rei licitæ, & cum merito charitatis.

59 Lo quinto, porque es innegable, que lo que el marido expẽ

de

de,prestando,nõ puede imputarselo su mugêr enlos ganancia-les,sino que solamente adquiere derecho, para que la accion se diuida, y ella es la que viene comunicanda inter virum, & vxorem;ergo con mucho mayor razon,se ha, y debe resoluer, que lo que el marido gastò en fiar,lo ha de recebir la muger en su mitad de gananciales;sin que aya de obstar el dezir que *fide-iubere,est perdere, & disipare*: Porque esto procede mucho mas en el emprestido,quanto va del exponerse al peligro, o executar el mesmo peligro;pues el que presta, saca el dinero de su mano,y poder;y el que fia,solamente se expone a poderlo venir a sacar en virtud de la obligacion, y fiança: ergo si la accion ex mutuo,cumple el marido con traerla a colacion en la particiõ de los gananciales; lo mesmo(y con mayor razon) se ha,y debe resoluer en las fianças,arguméto illius regulæ topicæ, *si vbi magis videbatur inesse,non inest; à fortiori vbi minus videtur inesse, nõ inerit*:authentica multo magis.C.de sacrosanctis Ecclesijs cap. cũ in cunctis in principio,vbi Decius de electione, Felicianus de censibus.2.tom.lib.3.cap.4.n.14.vers.secunda regula.

60 Y mucho mas,porque nadie puede con razon dezir,ni constituir diferencia,entre comunicar elmarido,o su heredero,cõ la muger,por gananciales, la accion *si certum petatur*, de lo que prestò:ò la accion *mandati*,de lo que fiò antes(por el contrario) se halla mayoridad de razon para que deba ser comunicable, la accion mandati,como se acaba de ponderar.

61 Neque(retenta hac verissima,&bene fundata sententia)obstaran los fundamentos de la contraria,imo,de su respuesta veritas magis elucebit. Y en quanto al primero de la ley.7.nihil contra nos pugnat,por las consideraciones,que se han ponderado,y vienen a consistir,en que en vna cosa tã grande,y cõtra razones tan poderosas,è inuencibles,era precisamente menester vna ley muy clara,y euidente:y està calidad no cõcurre en la dicha ley.7.ni es buena consideracion para esto la de Matienço en la mesma ley,hoc est, *que no tenian razon de dudar enel capital de la muger,respecto de hallarse ya determinado lo mesmo por el Derecho comun,en el titulo entero.C.de vxor.pro marito*: Porque esta consideracion nihil valet in Hispania,adonde ya se sabe, y es vulgatissima disposicion de las leyes deste Reyno, que las Imperatorias,en el,no obligan como ley,ni mas de como buena razõ y en fuerça de auerles dado las leyes de el Reyno, esta autoridad,*en lo que no fueren contrarias a ellas mesmas*; y assi non inconuenit,

nit,

nit,que lo mesmo que por ellas està dispuesto, dispongan tam bien en su confirmacion,las leyes de este Reyno, quod in sexcétis alijs videre est;& notabiliter,en que no embargante que por Derecho comun in.l.ad probationem.22. C.de probationibus,està dispuesto,que no se reciba à prueba en los pleytos sobre cosas ineptas,y que probadas no han de aprouechar: Y no embargante esto,la ley de la partida.7. tit.14. partit.3.dispuso lo mismo,ibi: *Otrosi dezimos,que aquella prueba debe ser tan solamente recebida en juyzio,que pertenece al pleyto principal,sobre que es fecha la demanda,ca non debe consentir el juzgador,que las partes despiendan su tiempo en vano en probando cosas de que non se puedan despues aprouechar maguer las probassen.*

62 Y no embargante esto,tornò a disponer lo mesmo, la ley de la nueua recopilacion.4.tit.6.lib.4.recopil.ibi: *Si alguno razonare alguna cosa en pleyto,y dixere que lo quiere probar,si la razō fuere tal, que aunque lo probasse non le podria aprouechar en su pleyto, ni dañar a la otra parte,el juez no reciba la tal probança,y si la recibiere que non vala.*

63 Imo(quod magis miremur)aquella ley.7.no solamente no obsta,antes ella,y su razon de dudar,y de decidir, prueba nuestro intento,y se aduierte(como bien lo considerò Azeuedo en ella.n.21.)ex mutatione rerum,quæ de nouo emerserunt,& nouo indigent auxilio,& decisione;y esto fue la vniuersal costũbre de España,y compañia inter virum,& vxorē,de los lucros, y ganancias,qua supposita intrabat ratio dubitandi, quod debita omnia contracta ratione, & tempore societatis simpliciter etiam contractę, & omnia damna soluenda sunt ex bonis socij,cuiuscumque illa generis sint,vt probatur in.§.illud instituis de societate,& in.l.3.in fine,iuncta.l.7.tit.10.part.5.ibi: *Otrosi dezimos que entre si deben ser comunales los daños,y los menoscabos q̄ les acaescieren à cada vno por su parte,segun les alcançàre de las ganãcias:* Y para q̄ esta razon de dudar no engañasse,y lo fuesse de errar; declarò la ley.7.*que esto no se entendia en los demas bienes de la muger, en quanto a las fianças del marido*,entendiendolo de sus bienes proprios,y capitales,& quę verè,& irreuocabiliter sua sunt: Pero en aquellos,que lo son reuocabiliter,& in potestate mariti est ea alienare:antes no auia razon de dudar, ni se cumplia con la ley quod labeo,de carboniano edicto;como està declarado en la ley.5.tit.9.d.lib.5.recopil. Y asi esta fue la verdadera razō de dudar,y de decidir de aquella ley,y en esta conformidad la tiene bien interpretada la practica comun, como enseña este autor

autor; por manera que según ella, esta ley prueba el intento q̃ defendemos.

64 Y no menos debe resultar de la razon que se nos opone, sacada de la .l. in personam .§. qui pecuniam .ff. de pactis, que habla en la persona del Esclauo, que sabidamēte por Derecho tiene disposicion *de no poder fiar*, ni la razon de el argumento concluye cosa alguna; Imo, se retuerce, porque la materia de ella, habla, y procede, en aquellos que no siendo señores, sino solamente Procuradores, ô Administradores (aunque sea cum libera administratione) no pueden fiar, como es el Esclauo, non verò procedit en aquellos q̃ no sō Administradores de bienes agenos, sino de los proprios, y con facultad de enagenarlos, como es el marido in .d. l. 5. tit. 9. lib. 5. recopil. diferencia que se prueba bien por el texto in .l. 3. §. si filius .ff. de peculio, adonde por esta razon, el Esclauo fiando non obligat dominium de peculio, nisi ex causa peculiari: imo neque habet liberam administrationem peculij, l. contra. 28. §. si filius .ff. de pactis, ibi: *Si liberam peculij administrationem habeant, & ea res de qua pacti sint, peculiaris sit.* Filius autem familias ex fideiussione obligat patrē ex quacumque causa id quod procedit ex eo, quod filiusfamilias obligat peculium non solùm tāquam administrator vt seruus, sed tanquā propriū patrimonium vt dominus; vt notatur in .l. 3. §. sed verùm, & in .l. patri. 27. in princip .ff. de minoribus; & notat subtiliter Antonius Faber in .d. §. si filius.

65 Semejança q̃ se aplica bien al caso presente, porq̃ el marido, de Derecho comū destos Reynos, siēpre fue, y es, señor de todos los bienes, y frutos de los dotales; y la muger solamēte señora, o acreedora por su dote, y tā solamēte acredora futura, in habitu, & potētia; *de los bienes q̃ remanecieren dissuelto el matrimonio, y no los huuiere el marido enagenado durāte el mesmo*; porq̃ como lo huuieren sido, y la enagenacion no fuere en fraude de la muger, no le cōpete derecho alguno: Y esta facultad es en virtud, y fuerça de aquellos vestigios, y reliquias del Derecho antiguo, q̃ el marido siempre tuuo en estos bienes, ad quod facillimus est regressus, l. si vnus. §. quod & in specie .ff. de pactis, cap. ab exordio. 35. distinctione, cum vulgatis; facit & consonat, quod idem operatur in simili ex textu in .l. 2. C. de pactis inter emptorem, dum in actione præscriptis verbis, cōcedit Imperator venditori, vt possit consequi fructus rei venditæ â tempore oblatæ pecuniæ emptori, cum tamen illa actio præscriptis verbis sit stricti iuris, &

in qua non veniunt fructus, nisi post litem contestatam; vt probat glos. receptissima in. §. actionum instituta de actionibus, post alios Alexand. in. l. pacta quæ contra à num. 1. C. de pactis

66 Y la razon de esto es la mesma del caso presente, porque el vendedor en el de aquella ley, repetia aquello que en algun tiempo fue suyo; vt patet ibi, *restitueretur*: quo casu vmbra, seu vestigium illud antiqui dominij, operatur vt etiam in actionibus strictis fructus veniant ante contestationem litis; vt notatur communiter in. d. §. actionum, post alios Baldus in. l. petés à num. 56. C. de pactis, communis ex Tiraq lib. 2. retractus. §. 5. glos. 2. n. 5. quod etiam maxima est consideratione dignum, para la materia de la primera pretension de fide, & valore inuentarij à marito facti. Accedit que la limitacion que pone Ayora num. 13. A saber, *si el marido juntamente con otro, toma alguna renta y se fian ad inVicem*; realmente no lo es, ni tenia razon de dudar, porque todo era vn contrato vniforme; Y antes, de ella se prueba (bien considerado) ponderacion para nuestro intento; porq̃ el marido, a quien està plenamente cometido el gouierno de estos bienes, puede prudentemente considerar, que conuiene a ella, y a ellos, fiar a alguno, que otro dia *Vice mutua*, le fie a el, en otro negocio de mucho aprouechamiento para los mesmos bienes; y viniera a ser injustissimo rigor, y violenta restriccion de la ley. 5. coartarle al marido esta libertad, y dispensacion de estos bienes, si viere conuenir a ella, hazer algunas fianças, por quien (como es ordinario en esta Ciudad, y en el comercio de ella) otro dìa le puede regraciar en lo mesmo, y fiarle en alguna ocasion semejante. Como quiera que aun la mas rigurosa opion, en las fianças, se limita por todos, que las pueda hazer el marido, en fauor de personas de quien no solo espera, sino mas sin duda, recibe comodidad, y beneficio para la buena administracion de su hazienda, en que viene a participar su parte la muger; calidad, que fue indubitable, auer concurrido en la persona de Don Francisco de Alcedo sobrino del Capitan, q̃ fue vtilissimo, y de conocido aprouechamiento de el Capitan su tio, en que trabajò, y cuidò mucho, assi en esta Ciudad, como en la Corte de Madrid, y en las Mõtañas, siguiendo sus pleytos, y negociando sus negocios; especialmẽte en los vltimos años de su vida, q̃ fue tiempo de mas de veinte y cinco a esta parte, a que el dicho Capitan por su edad, enfermedad, è impedimentos, no podia acudir por su persona como de antes; mediante

lo

do negar, que tuuo la hazienda del Capitan, mediante la solicitud de Don Francisco de Alcedo su sobrino, con grande excesso, mucho mayor prouechamiento que la cantidad que se pone a la dicha asserta fiança: De que resulta que el susodicho pretende, que no solo no debe nada a su tio por esta razon, antes es su acreedor en alguna cantidad, y esto es innegable, porque en sus libros del Capitan se halla quenta, escrita, y armada con el dicho Don Francisco su sobrino, conque es preciso el ajustarla; y en el mesmo libro consta que tiene cobrados 1500. ducados de Pedro del Mar, que le suplio al dicho Don Francisco para las Bullas de la Racion: Y finalmente, porque todo cessa cō que el dicho Don Francisco de Alcedo, viue, y no es hombre falido, sino rico, y con quien con suma facilidad se puede ajustar la dicha quenta, y cobrar de el si fuere alcançado, y traerlo a la particion por quenta de quien perteneciere.

Decima Pretension de mi señora Doña Madalena.

67 ESta es proxima, y contigua a la de las fianças, y assi se reconoce por su parte, cōuirtiendo la ponderacion que auemos hecho, sequenti fundamento, y pretendiendo que la partida de.2.qs.555U394. marauedis, que el Capitan prestò a Don Antonio Hurtado de Mendoça, primo de la dicha señora, tambiē ha de ser por su quenta de el, y no de ella; ponderando el argumento à fortiori, que si en las fianças (adonde sin desembolsar se expone al peligro de pagar) procede su intento; con mayoridad de razon debe proceder en el emprestido, enque no se pone a peligro de desembolsar; sino desembolsa: Para lo qual no se alega texto, ni author, sino solo en su lugar vno de Planto, quod *si quis mutuum quid dedit, fit propriè perditum; licèt enim repetas, inimicum amico beneficio inuenis tuo: si mage exigere cupias, duarum rerum in uenitur optio: vel illud quod credideris perdas; vel illum amicum amiseris.*

68 La respuesta consiste en q̄ en este argumento debe justamente vencer, quien probàre bien el antecedente, hoc est, *que el marido no pueda prestar*; porque de este antecedente, se colegità bien el argumento de la vna, v otra parte; y la del heredero, parece que funda bien la suya en la ley.5. y en q̄ el marido puede enagenar, como no sea en fraude: Y prestar para cobrar, nadie puede con razon dezir, que merezca este nombre de fraudulento, pues demas de que cumple con que se parta la accion, que es lo

q́ ſe halla por bienes al tiẽpo de diſſuelto el matrimonio; puede razonar, que preſtò porque conuenia à los aumentos de ſu eſtado, y hazienda, a vn hombre tan valido, como Don Antonio Hurtado de Mendoça (que ſobre el parenteſco tã cercano como primo hermano de mi ſeñora Doña Madalena) importaua tenerle beneficiado, y grato; y la experança de cobrar era muy cierta, ni haſta aora ha parecido que no lo ſea; como quiera que aunque lo fuera, no importàra nada para el intento; como tampoco el quererlo fundar en dezir que ſe los preſtò por fines particulares del dicho Capitan; porque demas de que ſemejante alegacion es merè voluntaria, ya ſe ſabe, que los fines que pudo auer, fueron los que ſe acaban de referir, y de obligar a vn deudo valido, y poderoſo; Y eſtos no fueron particulares ſuyos, ſino muy comunes de entrambos, y que aun en ellos, por duplicidad de razones, heredaua mas parte mi ſeñora Doña Madalena, que el Capitan ſu marido: Por manera que en el inſtante que no ſe prueba con mas lugares de Derecho (que con el de Plauto en ſu comedia) la concluſion del antecedente, *que el marido no pueda preſtar, ſino por ſu cuenta*, parece bien probado lo contrario, y que lo puede hazer, y es hecho por la de entrambos, y por quenta de los bienes gananciales, y que entre ellos ſe ha de computar, y conferir, la accion que reſulta contra el mutuatario, y que no puede pedir otra coſa la muger; con cuyo ſupueſto procede muy bien el argumento fecho por parte del heredero, y no el de mi ſeñora Doña Madalena por la ſuya.

Vndezima Pretenſion de mi ſeñora D. Madalena.

69 Dize que el Capitan, durante el matrimonio, pretẽdio, y cõſiguio la merced del habito de Santiago, y que ſiruio por ella con dos mil ducados de plata, y que depoſitò, para las expenſas de las pruebas, otros trecientos ducados de la meſma moneda, y en la ſolicitud, y diligencias, gaſtò otra mucha ſuma, y que toda la que tocàre a eſto, ha de ſalir de ſu parte de gananciales, ſin prejudicar en nada à la de ſu muger, y darſele ſatisfacion en otro tanto del cuerpo de lo multiplicado: Y lo pretẽde probar ex eo, que aunque ſea compañia la de entre marido y muger, non tamen eſt vniuerſalis omnium bonorũ, ſino particularis, & lucrorum tantummodò, & acqueſtus, y que todo lo gaſtado en eſta partida, ni fue para la compañia, ni por razõ de ella;

ella, ni a la muger, le pudo tocar cosa alguna, de esta merced, y nobilitacion, ni (por su gran calidad conocida) necessitaua de ella, y que por Derecho està dispuesto, que aquello que vn cõpañero compra, particularmẽte para su propria persona, y por razon de ella, y fuera de la causa comun de la compañia, ha de ser a su propria costa, y no de la mesma compañia, ni de los bienes de ella; y que assi se halla resuelto en terminos indiuiduales, de compras de Milicias, y Doctoratos, que ayan, y debã ser solamente por quenta del comprador, que las hizo, ex.l.si patruus.C.communia vtriusq; iudicij, Matienzo in.l.2.tit.9.lib.5.recopil.glos.1.n.32. Barbosa in.l.si ab hostibus §.fin.nu.68.ff.soluto matrimonio, Petrus de Vvaldis in tractat. de duobus fratrib.6.p.n.6.ibi: *Non potest communicare, nec participare cũ socio, quia totum adhæret corpori ipsius, & meritò non est conueniens quod expensio facta communi corpori, imputetur: Item quia non venit occasione societatis, nec est talis actus, qui ad societatem pertineat*; y que va hablando este author en Milicia, o Doctorado, comprados; y que en el.n.7 haze distincion en esta materia entre la compañia vniuersal, de la vna parte, y entre la particular de la otra; como se pretende que lo es la de entre marido, y muger, en estos Reynos.

70 Pero esta pretension (como las demas) carece de justo fundamento, porque estos son gastos hechos durante la compañia, y en beneficio comun, de la mesma compañia, y de los compañeros de ella, y de los hijos comunes, y esperados del mesmo matrimonio, y que pudo auer de el; Y semejantes gastos, y expensas, ni se imputan, ni jamas se han visto imputar a la parte de el marido, lo qual se funda in primis, en que por todos Derechos el marido, y muger dicuntur *socij diuinæ, & humanæ domus*, taliter, quod quamuis per matrimonium efficiãtur vna caro; todavia mulier amittit nomen, & forum; & tota subijcitur viro, & foro viri; l.exigere.75.ff.de iudicijs, ibi: *Nec enim id genus contractus est vt eũ locum spectari oporteat, in quo instrumentũ dotis factum est; quam eũ, in cuius domicilium etiam ipsa mulier per conditionem matrimonij erat itura*: Porque el marido es la cabeça, y la muger queda por miẽbro, & non licèt à capite membra recedere, cap.cum non liceat de præscriptionibus; y el marido queda por todo, y la muger por parte, & turpis est pars, quę suo nõ congruit vniuerso, cap. quæ contra mores.8.distinctione; De esto assimesmo procede q̃ vxor radijs mariti coruscat, nobilitate, nobilitatur: sicut per contrarium vilitate vilescit: textus elegans in.l.7.tit.2.partit.

4.ibi:

4.ibi: *E, áun ha otra fuerza el casamiento, que segun las leyes antiguas, aũ que la muger fuesse de vil linage, si casáre con Rey, debenla llamar Reyna: y si con Conde, Condesa*: l.6.tit.2.lib.4.veteris ordinamenti, ibi: *A estos tales sea guardada su franqueza, y libertad: E otrosi a las mugeres q̃ fueron casadas con hijosdalgo, é mantuvieren despues castidad*; sicut per contrarium) quamuis vxor sit nobilis, nupta plebeio, obnubilat nobilitatẽ, & ex persona mariti, subijcitur oneribus ipsius mariti; pariter ac si plebeio foret, d.l.6.ibi: *Y si la muger Hijodalgo casare con home, que no sea Hidalgo, mandamos que peche, mientras viviere su marido.*

71 De lo qual resulta que todo lo que mirare a acrecentamiento de la nobleza de el marido, no solo toca por participacion a la muger (que es alo que se contempla) como cabeça, y todo, y no a ella, que es miembro, y parte: sino tambien, que quanto mas illustre fuere, y se illustrare su marido, quedara ella mas lexos de la nota, de auer casado con marido de inferior calidad: Y asi por todas consideraciones, es fuerça que esto venga a resultar en su prouecho, y vtilidad, y de los hijos que de el matrimonio resultaren, que es la potissima consideracion: sin q̃ venga en alguna el dezir *que no los tuuierõ*, porque esso es muy per accidẽs, y ab extrinseco, y como tal no se atiende cõforme a principios; l.nam ad ea.ff.de legibus cum vulgatis: y este es el potissimo efecto, porque los hijos deste matrimonio, y de qualquiera, para la nobleza, y todos los efectos de el Derecho, siguen la condicion, y calidad de el padre: excepto para la libertad natural, en la qual *partus sequitur ventrem, non patrem, in cæteris omnibus sequitur patrem, non ventrem*: Y asi nunca se puede negar, que por mas lustre, y splendor, que tenga la muger, es muy en su fauor, y de su matrimonio, è hijos de el, el mayor lustre, y splendor de su marido, pues a este solamente, y no a aquella, se ha, y debe tener atencion, y contemplacion, para las comodidades, prerrogatiuas, y preeminencias, de los hijos comunes.

72 Y esto se prueba por los textos in.l. quod adipiscendæ.40. cum duabus seqq ff.de donationibus inter, adonde se dispone, *quod adipiscendæ dignitatis gratia ab vxore in maritum collatum est, eatenus ratum est, quatenus dignitati supplendæ opus est*; & in.l.42.ibi: *Quam donationis, quam diximus honoris causa*, docet latè Palacios in rubrica de donationibus.§.54.à num.1.vbi *idem ait procedere si ad ludos publicos, vel causa studiorum, & ad licentiæ, vel doctoratus gradum obtinendũ donatio fiat ab vxore marito*: sequitur Pater Thomas Sanchez de

matri

matrimonio,tomo.1.libro.6.disputatione.3.num.9.

73 Ponderando(como debe) que aunque estos textos hablan, y disponen,de las donaciones hechas entre marido, y muger; todavia,las razones de decidir,en que se fundan , como deben consideradas,prueban el intento,que defendemos.

74 Y la primera,es,que las donaciones sujetas a aquel titulo, son,y se reputan solamente aquellas,en que copulatiuamente el donante fit pauperior;y el donatario,ditior en interesse pecuniario; cosa que no quadra a estas donaciones,ex parte mariti donatarij,porque no es el interese pecuniario,sino solamẽte honorario.

75 Y la segunda es,porque tampoco estàn sujetas à la prohibicion de aquel titulo,las donaciones impropias, y que se hazẽ por respecto de alguna vtilidad que resulta al mesmo donante;y esta es la de que tratamos;respecto de que todo el splendor,y nobleza de el marido,per participationem,goza de el la muger;y no solo en lo honorifico,de Derecho comun, sino en lo pecuniario,de Derecho del Reyno, participa la muger;como se ve en vn exemplo muy frequente,en Castilla; si vna muger por muy noble,è illustre que sea, casasse con vn Medico,ò Letrado llano;el qual gastasse lo que es necessario, para conseguir los grados de Doctor, o Licenciado, por las Vniuersidades de Salamanca,Valladolid,Alcala de Henares, o Collegio de Bolonia,con lo qual consiguiesse franqueza de pechar conforme a las leyes de estos Reynos , proculdubio inciuilissima fuera la pretension de la muger si quisiera,por vna parte aceptar los bienes gananciales de su matrimonio;y por otra que solo su marido de su capital pagasse las costas de el Doctorado, por dezir que ella era hijadalgo,è illustre,y que no necessitaua de ennoblecerse mas con las calidades nobilitantes que su marido adquirio,pues se le replica facilmente negando suppositum,y que sus calidades de el,eran,y son las que influyen, y no las de ella,para franquear tanto a los bienes,quanto a los hijos comunes de aquel matrimonio.

76 Con lo qual ya se responde a la oposicion,y doctrina de los authores,Pedro de Vvaldis,y los demas,in primis , que habla in expensis voti Deo emissi,quod non est in dubio solam animam,non corpus respicere: Item,aunque hagan distincion,inter societatem vniuersalem omnium bonorum, de vna parte, & societatem particularem ex altera ; no todavia se aplica la

doctrina a la compañia indiuidual inter virum, & vxorem, adõ de en el marido la razon de ser cabeça, y todo, y consequentemente resultar lo de que se trata per concomitantiam, & participationem en fauor de la muger, y de los hijos de su matrimonio; obran lo que tenemos dicho, y fundado; Y assi non licèt arguere de societate particulari communium sociorum ad societatem particularem inter virum, & vxorem, in qua peculiares rationes proximè consideratæ diuersam omnimodo, Imo aduersam iuris dispositionem operari necesse est, argumento textus in cap. cessante de appellationibus, & in.l. illud (per argumentum à contrario) ff. ad.l. aquiliam.

77 Para lo qual parece que se puede, y debe sacar no poco eficaz fundamento de la disposicion de la ley.53. de Toro, en la qual en el instante que ay bienes ganánciales de algun matrimonio, eo ipso estan afectos en Castilla a las dotes, y donaciones propter nuptias de los hijos de el mesmo matrimonio; id quod non alia ex causa effectũ esse videmus: sino porque el potissimo intento de la adquisicion de bienes, y honores en los matrimonios, es para los hijos de ellos mesmos, en tanto caso, que por este respecto, es deuda de el mesmo matrimonio; y aũ la principal, a que se debe atender, taliter, que no se tenga por bienes ganánciales, sino lo que restare despues de lo expendido en cumplir con esta obligacion.

Duodecima Pretension de mi señora D. Madalena.

78 DIze mi señora Doña Madalena, que el Capitan su marido, cõtinuando (casi hasta el vltimo spiritu de su vida) defraudarla en lo multiplicado, por medio, y mano de dos sobrinos suyos, sacò de su casa dos dias antes de su muerte. 5. qs. 324U910. marauedises en escudos, y reales de a ocho, y que los hizo passar a poder de Prudencio de la Renteria, y de alli a la Capilla de la Nacion Vascongada su heredera; y teniendo noticia de ello el señor Don Iuan de Gongora para dar satisfacion en juros; y que esto ha de ser como bienes sacados en vida, del montõ, y sele ha de dar satisfacion en otros tantos bienes.

79 Esta pretension es mas careciente de fundamẽto que todas las passadas, y como tal, y por auer crecido tãto este papel, nos desobligarà de mas larga respuesta, supuesto que es llano que al tiempo que murio el dicho Capitan, quedaron, y se hallarõ

en ser,

en ser,y que su Mageſtad ſe ſiruio de ellos para pagarlos en juros,como en lo demas de eſta calidad,no puede auer duda que eſta accion es la q̃ quedò in bonis tempore mortis, y por cuerpo de hazienda,y bienes de eſte matrimonio,diuiſible,ò comunicable,entre los intereſados de el,como los demas bienes; pero no ay razon,ni fundamento alguno,para que ſe diga, como dize,y pretende,que con ella Pedro de las Muñecas ha de ſer, y eſtar pagado de otra tanta cantidad de eſte monton, y ſacar de el mi ſeñora D.Madalena otra tanta en la meſma eſpecie,y moneda,y la Capilla heredera ſeguir ſola,y por ſi la accion de la cobrança de los juros,y que le ſeran a propoſito para fundaciõ de las Obras pias de que ha de conſtar; de que ſe conoce bien, que eſto no es mas de querer hazer apariencia de coſa tan grãde como eſta,pretendiendo deſvanecer el capital del marido, ò por lo menos pagarlo cõ partidas imaginarias, como eſta lo es,y hazer mayor,ſiendo pequeño,el cuerpo de hazienda, para que con ello ſe tenga por crecido el pretenſo multiplicado, que por eſte medio queda bien deſvanecido.

Decimatercia Pretenſion de mi ſeñora Doña Madalena.

80 ES, que la partida del.1.q.870U000.marauediſes,que ſe dizẽ auer dado el Capitan en dote a Doña Iuana de las Muñecas ſu ſobrina,con Pedro del Mar ſu primero marido, aya , y deba ſer ſola por ſu quenta,y darſele ſatisfacion a mi ſeñora D. Madalena:Porque no ſe diga que no ſe reconoce la buena fe, ſe dize que ſiendo cierto el hecho,y la conſtitucion de eſta dote, es juſta la pretenſion de eſta cantidad.

Decimaquarta y vltima Pretenſion de mi ſeñora Doña Madalena.

81 EStà es,de la partida de.374U000.marauediſes, q̃ dize auer dado el Capitan al Dean, y Cabildo de la ſancta Igleſia de Seuilla,por vn aniuerſario perpetuo,todos los años por ſu alma: Y en eſta aſsimeſmo,por reconocimiento de la buena fe, (como en la paſſada) ſe dize lo meſmo,y ſe confieſſa tener juſto fundamento lo que pretende mi ſeñora Doña Madalena.

Ex

Ex quibus parece que (segun lo aqui alegado, y fundado) se ha, y debe hazer en la particion entre mi señora Doña Madalena, de la vna parte, y la Capilla de la Nacion Vascongada, de la otra, heredera del señor Capitan Pedro de las Muñecas, sub censura, & salvo cuiuscumque melius sentientis inditio, &c.